

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

Compliance

Actualizado a 18 de febrero de 2016

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

JOSÉ MARÍA AYALA DE LA TORRE
Abogado del Estado

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16612-23-9
Depósito legal: M-6246-2016
Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>Nº marginal</u>
Capítulo 1. Nociones generales	
1. Función de cumplimiento normativo.....	105
2. Vigilancia en la empresa y Códigos de conducta.....	130
3. Entornos genéricos de cumplimiento: OCDE, normas ISO.....	140
4. Buena gobernanza y Código de Buen Gobierno.....	165
5. «Chief Compliance Officer».....	185
6. Responsabilidad del «Chief Compliance officer».....	210
7. Necesidad de que un organismo investido de prerrogativas públicas certifique la actividad de compliance.....	220
8. Resumen de claves.....	245
Capítulo 2. Compliance y Derecho penal (I)	
1. Imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	355
2. Prevención del delito cometido por la persona jurídica en el Derecho comparado.....	395
3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	490
4. Proyecto de reforma de 2013.....	560
5. Reforma del Código Penal por LO 1/2015.....	605
6. Resumen de claves.....	720
Capítulo 3. Compliance y Derecho penal (II)	
1. La persona jurídica como centro de imputación jurídico penal.....	755
a. Personas jurídicas responsables desde el punto de vista penal.....	765
b. Personas jurídicas no responsables penalmente.....	840
c. Supuesto especial de las sociedades mercantiles de titularidad pública.....	875
2. Supuestos de responsabilidad de la persona jurídica.....	900
a. Delitos cometidos en beneficio de la persona jurídica por los administradores y representantes.....	910
b. Delitos cometidos por los empleados en caso de omisión del debido control.....	955
c. Concurrencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de la de la persona física.....	975
3. Plan de Prevención: escudo penal o causa de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.....	1000
4. Delitos que pueden cometer las personas jurídicas.....	1170
5. Pena de multa y sanciones a las personas jurídicas responsables.....	1175
6. Procedimiento penal dirigido contra la persona jurídica.....	1210
a. Competencia del órgano judicial cuando el imputado es una persona jurídica.....	1215
b. Iniciación del procedimiento.....	1245
c. Imputación de la persona jurídica.....	1280
d. Medidas cautelares en la fase de instrucción.....	1305
e. Práctica de notificaciones y demás actos de comunicación procesales con la persona jurídica.....	1315
f. Capacidad procesal y capacidad para ser parte.....	1325
g. Justicia gratuita en la persona jurídica responsable criminalmente.....	1350

	Nº marginal
h. Legitimación activa de la persona jurídica	1370
i. La prueba	1400
j. Conformidad del acusado persona jurídica.	1430
k. Prescripción del delito	1440
l. La sentencia y su ejecución.	1450
7. Resumen de claves.	1740
 Capítulo 4. Compliance y Derecho Tributario	
1. Buenas prácticas tributarias: «Forum on tax Administration» de 2002	1485
2. Riesgo fiscal y compliance	1505
3. Existencia de un Código de Buenas prácticas tributarias.	1515
4. Delito fiscal cometido por la persona jurídica.	1555
5. Resumen de claves.	1680
 Capítulo 5. Otros sectores relacionados con el cumplimiento normativo	
1. Compliance y derecho de la competencia	1705
2. Compliance y blanqueo de capitales	1725
3. Compliance y derechos humanos y sociales.	1740
4. Compliance y medio ambiente	1750
5. Resumen de claves.	1770
 Capítulo 6. Anexo	
1. Código Penal	1810
2. Ley de Enjuiciamiento Criminal	1820
3. Ley de Prevención del blanqueo de capitales.	1830
4. Código de buenas prácticas tributarias	1840
5. Norma UNE-ISO 19600	1850

Tabla Alfabética

Abreviaturas

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCO	<i>Chief Compliance Officer</i>
CCom	Código de Comercio
Circ	Circular
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CO	<i>Compliance Officer</i>
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations</i>
CP	Código penal
DGT	Dirección General de Tributos
FAT	Foro de Administración Tributaria
FGE	Fiscalía General del Estado
GAFI	Grupo de acción Financiera
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISO	<i>International Organization of Standardization</i>
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LEC^r	RD 14-9-1882 Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley General Tributaria (L 58/2003)
LO	Ley Orgánica
LOFAGE	L 6/1997 de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado
LSC	RDLeg 1/2010 texto refundido de la Ley de sociedades de capital
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OFT	<i>Office of fair Trading</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
RDLeg	Real Decreto Legislativo
SAO	<i>Senior Account Officer</i>
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UTE	Unión Temporal de Empresas

Capítulo 1. Compliance: Nociones generales

1. Función de cumplimiento normativo.....	105	100
2. Vigilancia en la empresa y Códigos de conducta.....	130	
3. Entornos genéricos de cumplimiento: OCDE, normas ISO.....	140	
4. Buena gobernanza y Código de Buen Gobierno.....	165	
5. «Chief Compliance Officer».....	185	
6. Responsabilidad del «Chief Compliance Officer».....	210	
7. Necesidad de que un organismo investido de prerrogativas públicas certifique la actividad de compliance.....	220	
8. Resumen de claves.....	245	

I. Función de cumplimiento normativo

Si bien en un primer momento la función de cumplimiento normativo fue considerada una parte de la función jurídica interna hoy día está claro que ambas funciones son distintas, siendo aconsejable que sean encomendadas a distintas personas. **105**

Distinción con la función jurídica interna Es cierto e indudable que la función de cumplimiento es una función jurídica, pero no lo es menos que es diferente, no tanto por la materia sobre la que recae, sino por el **objeto que persigue** y por el modo en que se desarrolla. **110**

1. La función de cumplimiento es, en efecto, una **función jurídica**, pero no sólo es una función jurídica.

En efecto, vigilar el cumplimiento normativo resulta cada vez más complejo, habida cuenta de que cada vez hay más normas que regulan y afectan a la actividad empresarial. Ello se debe, por una lado, a la propia dinámica de lo que Carl Schmitt denominó Estado Legislación («legislación motorizada» en la terminología de Toni Negri), en el que cada vez más normas regulan todas las facetas de la vida empresarial; y, por otra parte, es prueba del mayor número de sectores regulados que se encuentran afectados por el cumplimiento normativo. En este sentido conviene indicar que las **líneas directrices de la OCDE** para empresas multinacionales se estructuran en apartados fácilmente distinguibles para el operador jurídico: Derechos humanos, Empleo y Relaciones Industriales, Medio Ambiente, Corrupción, Intereses de los consumidores, Ciencia y Tecnología, Competencia e Impuestos.

2. La función de cumplimiento afecta a **sectores regulados** fundamentalmente, pero también a otros sectores no regulados.

3. La función de cumplimiento, debe **alejarse** de los cometidos propios de los **servicios jurídicos internos** de la organización (*advocacy*). La asesoría interna asume un rol de representación y defensa de la compañía, una posición que, irremediamente, la convierte en parte, en no neutral.

Frente a ello, la función de compliance debe gozar de **neutralidad e independencia**, una función dirigida a mitigar riesgos para la empresa y para terceros.

4. Compliance pretende **reducir riesgos económicos** para la empresa (el negocio), pero no sólo puede centrarse en esa mitigación de los riesgos negociales. Ello por cuanto que la función de cumplimiento es ajena al negocio, aunque **115**

debe conocer en detalle el negocio. La función de cumplimiento tiene una finalidad reputacional de la empresa. Le interesa que el mercado perciba a la compañía como una entidad que cumple, una organización con unos principios éticos aceptados generalmente. Es decir, una organización acorde a una cultura de cumplimiento.

Todo ello por cuanto que compliance no deja de ser lo que dice la Norma UNE-ISO 19600: el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones.

5. La función de cumplimiento ha de tener en cuenta normas nacionales y normas que gozan de un principio de extraterritorialidad que le obliga al encargado del cumplimiento a un **continuo aprendizaje** en la materia.

6. Las normas de cumplimiento unas veces son obligatorias y otras veces no. Siendo de **especial importancia** estas últimas, las normas que sin ser de obligado cumplimiento teórico sí lo son en la práctica por constituir un auténtico referente en la materia.

PRECISIONES Entre estas normas que constituyen un auténtico referente se encuentra la norma UNE-ISO 19600, a la que hacemos referencia más adelante.

120 Función de compliance (Norma UNE-ISO 19600 punto 5.3.4) Debe encargarse de responsabilidad de las siguientes cuestiones:

1. **Identificar** las obligaciones de compliance y traducir esas obligaciones en políticas, procedimientos y procesos viables.
2. **Integrar** las obligaciones de compliance en las políticas, procedimientos y procesos existentes.
3. **Proporcionar** apoyo formativo continuo a la organización, asegurando que los empleados con puestos relevantes tengan una formación continua.
4. **Promover** la inclusión de las responsabilidades de compliance en la descripción de los puestos de trabajo.
5. **Poner en marcha** un sistema de documentación e información de compliance.
6. **Desarrollar** e implementar procesos de gestión de la información, un canal de denuncias anónimas u otros mecanismos.
7. **Establecer** indicadores de desempeño de compliance y supervisar y medir el desempeño de compliance.
8. **Analizar** el desempeño para identificar las necesidades correctivas.
9. **Identificar** los riesgos de compliance y gestionar los riesgos relacionados con terceras personas (proveedores, agentes, consultores).
10. **Asegurar que se revisa** el sistema de gestión de compliance con la periodicidad planificada.
11. **Asegurar el acceso** a un asesoramiento profesional adecuado para el mantenimiento e implementación del sistema de compliance.
12. **Promocionar** a los empleados acceso a los recursos de compliance.
13. **Proporcionar** asesoramiento objetivo a la organización en materia de compliance.

La Norma prevé que la función de compliance puede ser asignada a una **posición existente**, ya que «no todas las organizaciones crearán una función de compliance».

125 Esa función de cumplimiento afecta asimismo, por un lado, a la **Alta dirección** de la organización, que debe apoyar la función de compliance, identificar y comunicar los riesgos, asegurar el cumplimiento y efectividad de las medidas

correctoras derivadas de los incumplimientos del sistema de gestión de compliance, etc; y por otro, a los **empleados**, los cuales deben observar las obligaciones de compliance, informar sobre sus preocupaciones y fallos que adviertan en el sistema de compliance, etc (Norma UNE-ISO 19600 apartad 5.3.5 y 5.3.6).

PRECISIONES En definitiva, se pretende instaurar una **cultura de compliance** con la Norma UNE-ISO 19600, lo que exigirá una evaluación permanente y a la vez periódica del sistema de compliance, la realización de auditorías externas sobre el cumplimiento y mejora (tégase en cuenta que la «externalización de las operaciones de una organización no le libera de sus responsabilidades legales o sus responsabilidades de compliance» (Norma UNE-ISO 19600 apartado 8.3).

2. Vigilancia en la empresa y Códigos de conducta

Una de las facetas del compliance es la vigilancia, la supervisión y el control por parte de la compañía. Esa vigilancia sobre los empleados, sobre los directivos y sobre los terceros deviene en esencial para que la función de cumplimiento tenga eficacia. **130**

En este sentido, todo **sistema de prevención**, como manifestación de una diligencia debida por parte de la empresa y de una vigilancia adecuada (debido control cuyo quebrantamiento, como veremos más adelante, opera como eje mediador de la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica) debe basarse en un código de conducta de los empleados y directivos de la empresa.

Contenido del Código de conducta Debe contener, siguiendo a Bacigalupo, las siguientes materias: **135**

1. Exclusión de conflicto de intereses.
2. Corrupción, estafa, defraudaciones.
3. Derecho de la competencia.
4. Observancia de derechos humanos.
5. Ética y protección contra la discriminación.
6. Confidencialidad y protección de datos.
7. Corrección de la contabilidad y facturación y derecho fiscal.
8. Seguridad de la disponibilidad, integridad y autenticidad y confidencialidad de las informaciones.
9. Cumplimiento de las exigencias de la protección del medio ambiente y de la salud.
10. Regulación de las denuncias internas de irregularidades.

3. Entornos genéricos de cumplimiento: OCDE, normas ISO

En una primera aproximación del compliance y los entornos genéricos de cumplimiento, podemos ayudarnos de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales se estructuran en apartados fácilmente distinguibles para el operador jurídico: Derechos humanos, Empleo y Relaciones Industriales, Medio Ambiente, Corrupción, Intereses de los consumidores, Ciencia y Tecnología, Competencia e Impuestos. **140**

Las normas que **regulan el cumplimiento normativo** pueden ser objeto de variadas clasificaciones, por razón de la materia objeto de las mismas o por razón del sector de actividad sobre el que operan.

Interesa aquí **distinguir**:

- normas de obligado cumplimiento (*hard law*);
- normas que contienen principios que no son de cumplimiento coercitivo (*soft law*);

145 «Soft law» Son normas que sin ser vinculantes constituyen unas **pautas de actuación** que devienen en esenciales dentro de la función de compliance.

Dentro de esas normas hemos de referirnos, en primer lugar, a normas de la OCDE (nº 150) y en segundo lugar a las normas ISO (nº 155).

150 Normas OCDE Dentro de estas podemos hablar de:

1. **Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.** En 1999 la OCDE emite los Principios de Gobierno Corporativo, los cuales constituyen una norma fundamental y generalmente admitida para poder definir un sistema financiero saludable.

Nos encontramos ante normas no vinculantes y prácticas de buen gobierno válidas para cualquier organización, centran su atención en las **sociedades cotizadas** pero no impiden su aplicación a sectores y empresas no cotizadas, incorporando prácticas de buen gobierno, si bien parten de la esencial premisa de que no existe un único buen gobierno corporativo.

2. **COSO.** El *Committee of Sponsoring Organizations* (COSO) ofrece una metodología de control interno muy interesante, hasta el punto de que el sistema COSO es generalmente adoptado como **patrón de control interno**. Sin duda ninguna, constituyen un patrón para evaluar la razonabilidad de las políticas de cumplimiento y los sistemas de control y gestión de compliance, pudiendo resultar de aplicación para todo tipo de empresas y organizaciones.

Lo **esencial** para COSO es disponer de información fiable, ya que sin ella difícilmente podremos lograr un sistema de control eficiente.

155 Normas ISO («International Organization of Standardization») Dicha organización, fundada en la primera mitad del siglo XX, es una entidad privada que se ocupa de elaborar directrices, pautas y principios que deben cumplir las organizaciones si quieren ser acordes a una cultura de cumplimiento generalmente aceptada. El **valor de las normas ISO** se encuentra no en la obligatoriedad de su cumplimiento sino en el prestigio de la citada organización.

160 Debemos destacar dentro de las normas ISO la **UNE-ISO 19600** que ya hemos comentado y respecto de la cual debemos destacar las siguientes cuestiones:

1. En primer lugar, la Norma parte del principio de que compliance es el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones. Precisamente por ello sostiene que una organización que pretenda tener **éxito a medio plazo** debe mantener una cultura de integridad y de cumplimiento. Quiere decirse con ello que integridad y compliance son una «oportunidad para una organización de éxito y sostenible».

2. La norma se cuida en indicar que no especifica requisitos, sino que **proporciona una guía** para los sistemas de gestión de compliance. El objetivo es que los principios contenidos en la norma (guía) sirvan para todo tipo de organización, con independencia del tamaño de la misma y de su sistema previo de control de los riesgos.

3. Parte de un **principio de mejora** continua que responde al siguiente esquema: Planificar, Hacer, Verificar, Actuar.

4. El apartado tercero de la norma recoge una serie de **definiciones** (organización, parte interesada, órgano de gobierno, alta dirección, etc) que tienen trascendencia a la hora de conocer la finalidad de la norma.

5. La norma regula con detalle la política de compliance, distinguiendo los **diferentes roles** del encargado de cumplimiento, la alta dirección y los empleados de la organización. Regulando asimismo una **evaluación continua** en el desempeño de la función de compliance.

PRECISIONES Sin duda es una herramienta esencial en materia de cumplimiento llamada a convertirse en un referente de compliance.

4. Buena gobernanza y Código de Buen Gobierno

Los conceptos buen gobierno y buena gobernanza aluden a la idea de compliance (esto es, el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones), de la cultura de cumplimiento, del «buen ciudadano corporativo». En definitiva, tales conceptos responden a la existencia de unos valores éticos de la empresa, de una cultura empresarial basada en unos valores como clave del éxito empresarial. **165**

Por ello el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas dedica especial atención a la lealtad de los administradores respecto de sus accionistas y socios, lo que no es sino una consecuencia del **deber de lealtad** recogido con carácter general en la ley de sociedades de capital respecto de los administradores de las compañías.

Para responder a esta **necesidad ética de las grandes compañías**, el 22-5-2006 el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores aprobó el Código de Buen Gobierno, Código aprobado como documento único junto con las recomendaciones de gobierno corporativo.

Características que presentaba Código Unificado Presentaba las siguientes: **170**

1. En primer lugar, **voluntariedad**, con sujeción al principio de «cumplir o explicar», de modo que las recomendaciones podían ser seguidas o no por la empresa cotizada, pero caso de no ser seguidas, la empresa debía en el informe anual de cumplimiento explicar las razones que le llevaban a apartarse de las mismas.
2. **Definiciones vinculantes**. En el Código se indicaba que «las sociedades son libres para seguir o no las recomendaciones de buen gobierno, pero al informar sobre si las cumplen o no, deberán respetar el significado que este Código atribuye a los conceptos que emplea para formularlas».
3. **Evaluación por el mercado**.
4. **Generalidad**. El Código está dirigido a la generalidad de sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y su nivel de capitalización.

Características del nuevo Código de Buen Gobierno La necesidad de adaptar el Código a las circunstancias del momento obligó a una modificación parcial del mismo y finalmente a la aprobación por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18-2-2015 de un nuevo Código de Buen Gobierno. **175**

Son caracteres del nuevo Código:

1. **Voluntariedad con sujeción al principio de cumplir o explicar**. Se mantiene pues este importante principio respecto de aquellas materias incluidas en el Código de Buen Gobierno, que son las recomendaciones de carácter voluntario no incluidas en las normas de gobierno corporativo incorporadas a

textos legales. En el informe de gobierno corporativo las sociedades cotizadas deben explicar el grado de cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Código de Buen Gobierno, de modo que al explicar por qué se apartan de ellas el inversor podrá juzgar la conveniencia o no de ese apartamiento. No seguir la recomendación puede tener un coste reputacional para la compañía.

2. **Principios.** El apartado II del Código se ocupa de los principios, todos ellos relacionados con la transparencia:

En relación con la **Junta de accionistas** deben los accionistas gozar de la información adecuada, debe garantizarse que los derechos de los accionistas puedan ser ejercitados en igualdad de condiciones (tanto el derecho de asistencia como el derecho de participación).

En relación con el **Consejo**, se indica que el mismo ha de asumir la responsabilidad directa sobre la administración social; los consejeros independientes deben ser como regla al menos la mitad del total de consejeros; la sociedad debe disponer de una función de control y gestión del riesgo ejercida por un departamento interno; entre otros principios.

180 3. **Recomendaciones.** El Código recoge una serie de recomendaciones sobre la junta de accionistas, el Consejo de administración, la responsabilidad social corporativa y las remuneraciones de los consejeros.

Especial mención requiere las recomendaciones en relación con la **función de control y gestión de los riesgos**, a las que se refiere en su Principio 21:

«La sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del Consejo de administración».

Todo ello sin perjuicio de que la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en su art.529 ter incluya entre las **funciones indelegables** del Consejo de administración la relativa a la aprobación de una política de control y gestión de riesgos.

PRECISIONES En definitiva, el Código de Buen Gobierno responde a la idea de una **cultura de cumplimiento** centrada en unos principios y recomendaciones voluntariamente asumibles por las sociedades cotizadas; sin embargo es precisamente esa voluntariedad en la aplicación de los principios y recomendaciones (bajo la fórmula «cumplir o explicar») la que engarza directamente con la idea de compliance como cultura, pues al explicar las causas de la no aplicación de los principios, el mercado podrá juzgar si ese no cumplimiento está o no debidamente justificado.

5. «Chief Compliance Officer»

185	Concepto.....	190
	Funciones.....	195
	Perfil del cargo.....	200

190 **Concepto** Dentro del cumplimiento normativo, la organización debe contar con una cabeza visible, un encargado de dicho cometido de cumplimiento. Para dar respuesta a esa necesidad empresarial surge la figura del **Compliance Officer**, que puede definirse como aquel órgano unipersonal de la organización que

aglutina en su persona los cometidos relacionados con el cumplimiento normativo.

La figura del *Compliance Officer* es propia de las pequeñas y medianas empresas, por ser suficiente para abordar el cumplimiento normativo desde la óptica de una entidad de reducida dimensión. Sin embargo, cuando la empresa u organización es mayor tamaño se hace preciso contar con un **Chief Compliance Officer**, que asume el papel de dirigir y coordinar a los distintos *Compliance Officer* de los diferentes departamentos encargados de cumplimiento (*tax compliance officer*, responsable de prevención penal o *corporate compliance officer*, *competition compliance officer*, etc).

Sea cual fuere la dimensión y estructura organizativa de la empresa enfocada al cumplimiento es evidente que la misma debe ser dotada de los correspondientes recursos económicos y humanos para poder afrontar la misma con perspectivas de éxito. Quiere decirse con ello que si queremos demostrar que el compliance (resultado de que una organización cumple con sus obligaciones) importa dentro de una organización es preciso destinar **recursos económicos y personales** a dicha actividad (como indicador de la debida diligencia en el ámbito del cumplimiento).

Funciones Existe una tendencia a separar la función del *Chief Compliance Officer* (en lo sucesivo CCO) de la función jurídica clásica, propia del director jurídico o *General Counsel* (nº 210 s.). Ambas figuras asesoran desde un punto de vista jurídico, pretendiendo defender a la organización, pero existen importantes diferencias, debiendo destacar que el CCO debe **evitar daños reputacionales y económicos** de la organización, teniendo entre sus cometidos funciones ajenas al asesoramiento interno del *advocacy* (función ésta tradicionalmente ligada a la representación y defensa de la empresa: el *advocacy* asume una posición de defensa de la organización y, por consiguiente, se aleja de una posición de imparcialidad para llevar a cabo una posición no neutral, sino de parte, del lado de la organización). Por ello debe alejarse tanto de los cometidos propios de la función interna del asesoramiento jurídico como de los condicionantes del negocio. Precisamente esos condicionantes son los que hacen del CCO una figura dotada de imparcialidad e independencia.

Ello no es óbice para que el CCO tenga una importante **formación y conocimiento jurídico** (debe conocer la normativa que ha de intentar hacer que se cumpla), pero sus funciones le obligan a tener otras habilidades, aptitudes y competencias, entre ellas el conocimiento de los estándares aplicables a la actividad de la empresa.

Perfil del «Chief Compliance Officer» Es un perfil eminentemente jurídico, debe ser un experto conocedor del Derecho Penal y de otras ramas del ordenamiento jurídico, pero debe tener asimismo un conocimiento multidisciplinar; ha de conocer la regulación nacional y local de los países en los que la organización preste servicios y desarrolle su actividad la empresa y debe conocer el sector de negocio de su organización: es el garante del cumplimiento en la organización, lo que supone como presupuesto tener una mentalidad analítica y ser independiente.

Podemos destacar las siguientes **características que delimitan el perfil** del *Chief Compliance Officer*:

1. En primer lugar la **formación del compliance**. Como sabemos, las áreas de cumplimiento normativo son muy variadas, lo que hace difícil (cuando no impo-

sible) fijar un perfil único con formación y experiencia en todas las materias de cumplimiento. No obstante, podemos decir que el perfil del cargo ha de **compatibilizar** lo estrictamente jurídico (ya que sin el conocimiento pleno de las variadas áreas regulatorias difícilmente podría cumplirse con el cometido de hacer cumplir la normativa) con el conocimiento del negocio.

2. **Integridad.** Es una exigencia elemental que el encargado de cumplimiento normativo sea una persona honesta. El comportamiento ético de la persona es fundamental, debiendo excluir del cargo a aquellas personas que hayan cometido delitos o se hayan visto afectadas por supuestos de malas prácticas.

3. **Neutralidad.** Como dijimos anteriormente, el *Chief Compliance Officer* debe realizar su cometido separándose de las funciones del asesoramiento jurídico y de las actividades negociales. Debe ser, como hemos señalado, neutral en su actividad.

205 4. **Independencia.** Probablemente, la característica esencial del *Chief Compliance Officer* es la independencia. Sin independencia la función del CCO de poco sirve, simplemente será una forma de maquillar un aparente cumplimiento por la persona jurídica de la normativa. La función de compliance no es una función de evitación de consecuencias penales negativas para la empresa, es una **función positiva**, de cumplir con la norma, una función de resultado de cumplimiento, de cultura de cumplimiento (de buen ciudadano corporativo).

Esa nota de la independencia como característica esencial de la figura del CCO hace que el Código Penal español, tras la reforma de la LO 1/2015, haya incluido como uno de los requisitos para estar **exento de responsabilidad penal** la persona jurídica que ha cometido un delito que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control».

5. **Retribución.** La retribución debe ser acorde al cargo que se ocupa. Desde esa perspectiva, la retribución del CCO sirve como medidor de la importancia que la organización concreta da a la actividad de compliance.

Es esencial, por conectar directamente con la nota de la independencia, que la **parte variable de la retribución** del *Chief Compliance Officer* sea establecida sin que haya una relación con el resultado del negocio. Ello es así por cuanto que lo contrario podría mitigar la independencia del CCO (piénsese en una irregularidad grave para la compañía que haya sido apreciada por el CCO: esa irregularidad el día que salga a los medios provocará un perjuicio inmediato al negocio, si bien también un beneficio a medio plazo; si el CCO es retribuido en función del resultado del negocio puede tener la tentación de no denunciar esa irregularidad).

6. **Otras competencias.** El CCO debe tener dotes de comunicación y coordinación.

Debe tenerse en cuenta en este punto lo indicado en la Norma UNE-ISO 19600 respecto de la posición de *Compliance Officer* (Norma UNE-ISO 19600 apartado 5.3.4):

«Cuando se asigne la responsabilidad de la gestión de compliance, se debería considerar la forma de asegurar que la función de compliance no tiene conflicto de intereses y que ha demostrado:

- Integridad y compromiso con compliance.
- Habilidades de comunicación eficaz y capacidad de influencia.
- Capacidad y prestigio para que sus consejos y directrices tengan aceptación.

– Competencia necesaria»

Queda por indicar que el **oficial de cumplimiento** (el CCO) debe ser necesariamente un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación, lo que no exige que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, funciones que pueden ser realizadas por otros órganos de la compañía, lo esencial es que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente quién es el responsable de las distintas funciones y tareas. De ahí que concluya la Circular en el sentido de que no exista inconveniente en que una gran compañía pueda recurrir a la **contratación externa** de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica, añadiendo que «muchas de ellas resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo, con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivo cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad» (Circ FGE 1/2016, 22-1-2016, apartado 5.4).

207

6. Responsabilidad del «Chief Compliance Officer»

Una consecuencia de la mayor relevancia de la función de cumplimiento normativo es la no consideración del *Chief Compliance Officer* como un empleado más, de modo que el CCO debe ser tratado y considerado como un directivo de la organización, de lo que se extraen varias consecuencias:

210

- su posición jerárquica en el organigrama de la organización será mejor, no podrá depender de un órgano que esté sujeto a su fiscalización (lo óptimo, en aras de la independencia, será «hacerlo colgar» directamente del Consejo) y;
- la retribución será más elevada.

Responsabilidad del «Chief Compliance Officer» Cuanto más avancemos en el fenómeno (imparable) de la cultura de cumplimiento más difícil será defender que los daños causados por la negligencia en la actuación del *Chief Compliance Officer* deba serle imputada a la propia empresa por mor del estatuto propio de cualquier trabajador.

215

En la figura del *Chief Compliance Officer* concurre una **doble responsabilidad**:

- **interna** en su relación con la organización, con la empresa o con la persona jurídica en cuya estructura está incluido el CCO; y
- **externa** respecto de los terceros a quienes puede perjudicar con su actuación.

Debe quedar claro, en todo caso, que no todo incumplimiento en la prevención de los ilícitos dará lugar a una responsabilidad del *Chief Compliance Officer*, sino que ese incumplimiento debe ser imputable a la actuación (u omisión) negligente del responsable del cumplimiento. Por consiguiente, cuando el **daño a terceros** o a la **empresa** sea debido a un defecto en el modelo o sistema de control o de gestión la responsabilidad tenderá a derivarse a los administradores y a la propia empresa; en cambio, cuando el daño sea consecuencia de la incorrecta aplicación del modelo eficaz la responsabilidad mirará hacia el responsable del cumplimiento, hacia el CCO.

PRECISIONES 1) Al hilo de lo anterior, especial mención requiere la sentencia del Tribunal de Milán que venía a establecer la responsabilidad personal del Presiden-

te y Consejero delegado de una organización al no haberse preocupado de establecer un **modelo de prevención del delito**, *circunstancia* que facilitó la comisión de ilícitos penales por los cuales la organización citada había sido sancionada administrativamente (Tribunal de Milán 1774/2008 13-2-08).

2) Debemos destacar, por otro lado, como supuesto que marca un **hito en la materia**, la sentencia que condena a un *Compliance Officer* (en lo sucesivo CO) al pago de una multa pecuniaria. El condenado, responsable de auditoría interna y del departamento legal del servicio público de limpieza de Berlín, descubrió, en su actuación, la existencia de un cúmulo de irregularidades derivadas de un error que se venía hasta entonces cometiendo por la organización y que supuso un agujero de 23 millones de euros para la misma. El CO informó al administrador pero no al Comité de supervisión y aceptó la decisión de los administradores de no corregir el defecto. El Tribunal alemán le condenó, al entender que la función de compliance va más allá de ser un «**mero avisador**», la función de compliance exige un comportamiento activo en aras de la evitación de los riesgos de incumplimiento. Por consiguiente, con arreglo al criterio dado por la citada sentencia el CCO debe prevenir no sólo los daños que puedan causarse a la organización, sino también los que puedan derivarse para terceros (Tribunal Federal de Alemania de 17-7-09).

7. Necesidad de que un organismo investido de prerrogativas públicas certifique la actividad de compliance

220 De lo expuesto hasta ahora se desprende la necesidad, si la empresa u organización quiere poner en valor una cultura de cumplimiento (buen ciudadano corporativo), de que la organización cumplidora cuente con un sistema o modelo de compliance y que el mismo sea calificado de «eficaz».

Desde esta perspectiva conviene traer a colación lo expuesto por el Fiscal General del Estado (Circ FGE 1/2016):

«En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial».

El **sello distintivo** de un programa de cumplimiento eficaz es que la organización ejerza la diligencia debida para tratar de prevenir y detectar las conductas irregulares constitutivas de incumplimientos, en particular de carácter criminal, de sus empleados y de otros agentes (*sentencing Guidelines*, EEUU). Por consiguiente, una cultura de cumplimiento dentro de la persona jurídica exige la tenencia e implementación de un programa eficaz de compliance.

Como indica la ISO 19600 la organización debe implementar y establecer un **sistema de gestión de compliance** que tome en consideración una serie de principios de (buen) gobierno: acceso directo de la función de compliance al órgano de gobierno; independencia de la función de compliance y asignación a la función de compliance de la autoridad correspondiente y los recursos adecuados.

225 Programa de compliance Este programa exige tener en cuenta los siguientes aspectos:

I. Análisis de la persona jurídica. La primera cuestión que debe ser abordada si queremos tener un eficaz programa de cumplimiento es la relativa al análisis de la concreta persona jurídica a la que se refiere el citado programa.